

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Revisão, atualização e ampliação
Víctor Luna Vidal

Prefácio
Cláudia Toledo

POSSIBILIDADES E LIMITES
DO CONTROLE JUDICIAL DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Um contributo para a dogmática
do direito à saúde

2ª edição

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© 2011 Editora Fórum Ltda.
2019 2ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Imagem de capa: Freepik

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D812p	Duarte, Luciana Gaspar Melquiades Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito a saúde / Luciana Gaspar Melquiades Duarte; revisão, atualização e ampliação por Victor Luna Vidal. 2. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2020. 410p.; 14,5cm x 21,5cm ISBN: 978-85-450-0734-0 1. Direito à Saúde. 2. Direito Constitucional. 3. Vidal, Victor Luna. I. Título. CDD: 341.27 CDU: 342
-------	--

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito a saúde*. 2. ed. Revisão, atualização e ampliação Victor Luna Vidal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 410p. ISBN 978-85-450-0734-0.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA SEGUNDA EDIÇÃO	
Cláudia Toledo	15
PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO	
Vicente de Paula Mendes	17
INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	33
1.1 Direitos fundamentais e direitos humanos	33
1.2 A institucionalização dos direitos fundamentais.....	34
1.3 Dimensões dos direitos fundamentais.....	35
1.4 Teoria objetiva dos direitos fundamentais e interpretação.....	41
1.5 Conceito e estrutura normativa dos direitos fundamentais	44
1.5.1 Conceito de direitos fundamentais	44
1.5.2 O conceito de norma de direito fundamental.....	46
1.5.3 A estrutura das normas de direito fundamental.....	47
1.5.3.1 Critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios.....	48
1.5.3.2 Os princípios como mandados de otimização.....	48
1.5.3.3 Colisões de princípios e conflitos de regras.....	50
1.5.3.4 A colisão de princípios.....	52
1.5.3.5 Objeções à teoria dos princípios	54
1.5.3.6 A reconciliação entre o Direito e a Moral no Pós-Positivismo Jurídico	57
1.5.3.7 O modelo regra/princípio	60
1.6 Os direitos fundamentais sociais.....	62
1.6.1 Os direitos a prestações em sentido amplo.....	62
1.6.2 Os direitos a prestações em sentido estrito	62
1.7 Políticas públicas.....	69
1.7.1 Conceito de política e de função política.....	69
1.7.2 Política pública	72

CAPÍTULO 2

RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	79
2.1 Restrição dos direitos fundamentais e teoria dos princípios.....	79
2.2 A colisão entre direitos fundamentais.....	86
2.3 A colisão entre direitos individuais e bens coletivos.....	90
2.3.1 A desconstrução do mito da supremacia do interesse público sobre o privado.....	94
2.4 Restrições a direitos fundamentais sociais.....	100
2.4.1 Escassez de recursos e teoria dos custos dos direitos.....	101
2.4.2 Consequências da escassez de recursos financeiros perante a teoria dos princípios.....	110
2.5 A teoria da argumentação jurídica.....	114
2.5.1 Teoria da argumentação jurídica de Alexy.....	118

CAPÍTULO 3

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	133
3.1 O direito à saúde na Constituição de 1988 e na legislação ordinária.....	139
3.2 O direito à saúde e a teoria dos princípios.....	165
3.2.1 O núcleo essencial do direito à saúde.....	168
3.2.1.1 Considerações jurídico-filosóficas sobre o direito à vida.....	169
3.2.1.2 A vida como um dos elementos do núcleo essencial do direito à saúde.....	174
3.2.1.3 Mínimo vital, mínimo existencial e novas considerações acerca do núcleo essencial do direito fundamental à saúde.....	184
3.2.2 Os conflitos protagonizados pelo direito à saúde.....	187
3.2.2.1 Direito à saúde de uns <i>versus</i> direito à saúde de outros.....	188
3.2.2.2 Direito à saúde <i>versus</i> outros direitos sociais.....	196
3.2.2.3 Direito à saúde <i>versus</i> princípios financeiros.....	202
3.3 Escassez de recursos perante o direito à saúde.....	207
3.3.1 Concepção utilitarista.....	209
3.3.2 Concepção da autora.....	212
3.4 Critérios éticos para a alocação de recursos severamente escassos.....	216
3.4.1 Critérios estudados por Kilner (1990).....	221
3.4.1.1 O critério do valor social.....	222
3.4.1.2 O critério do grupo favorecido.....	226
3.4.1.3 O critério dos recursos requeridos.....	230

3.4.1.4	O critério das responsabilidades especiais.....	232
3.4.1.5	O critério da idade	234
3.4.1.6	O critério do benefício médico.....	238
3.4.1.7	O critério da morte iminente.....	241
3.4.1.8	O critério da disposição e da responsabilidade.....	247
3.4.1.9	O critério randomizado	254
3.4.1.10	O critério da capacidade de pagar.....	258
3.4.1.11	Recursos experimentais e o critério do progresso científico.....	264
3.4.2	Conclusões sobre a alocação ética diante da escassez natural severa	278

CAPÍTULO 4

FUNDAMENTOS DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....		281
4.1	Teoria da separação de poderes e controle mútuo dos poderes..	283
4.1.1	A separação de poderes no Estado Liberal e no Estado Social....	292
4.2	O caráter normativo dos direitos sociais.....	301
4.3	A inafastabilidade da jurisdição	306
4.4	Perspectivas democráticas do controle judicial das políticas públicas.....	309

CAPÍTULO 5

POSSIBILIDADES E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....		317
5.1	Controle da elaboração das políticas públicas de saúde.....	318
5.2	Controle da execução das políticas públicas de saúde.....	327
5.3	Ações próprias para o controle judicial das políticas públicas de saúde.....	330
5.3.1	Ação ordinária.....	331
5.3.1.1	Tutela antecipada	335
5.4	Mandado de segurança individual	341
5.4.1	Mandado de segurança coletivo.....	348
5.5	Ação civil pública.....	352
5.6	Ação popular	362
5.6.1	Responsabilidade civil do Estado em relação ao serviço de saúde	366
5.6.1.1	Responsabilidade civil do Estado.....	366
5.6.1.2	Responsabilidade civil do Estado por omissão	370

CONCLUSÕES..... 375

REFERÊNCIAS..... 385